

Duquesne University

Duquesne Scholarship Collection

Law Faculty Publications

School of Law

2021

Cazul aparenței ca normativitate transformativă. Exemple din dreptul american = The Case of Appearance as a Transformative Norm. Examples from American Law

Elena Dana Neacsu

Duquesne University, neacsue@duq.edu

Follow this and additional works at: <https://dsc.duq.edu/law-faculty-scholarship>



Part of the [Judges Commons](#), and the [Legal Ethics and Professional Responsibility Commons](#)

Repository Citation

Neacsu, E. (2021). Cazul aparenței ca normativitate transformativă. Exemple din dreptul american = The Case of Appearance as a Transformative Norm. Examples from American Law. *In Honorem Flavius Antoniu Baiaș. Aparența în drept. The appearance in law. L'apparence en droit*, 2. Retrieved from <https://dsc.duq.edu/law-faculty-scholarship/117>

This Book Chapter is brought to you for free and open access by the School of Law at Duquesne Scholarship Collection. It has been accepted for inclusion in Law Faculty Publications by an authorized administrator of Duquesne Scholarship Collection.

IN HONOREM
FLAVIUS ANTONIU BAIAS

Aparența în drept

The appearance in law

L'apparence en droit

TOMUL II

Editori:

Adriana Almășan, Ioana Vârsta, Cristina Elisabeta Zamșa

Editura
Hamangiu
2021

Cazul aparenței ca normativitate transformativă. Exemple din dreptul american

The Case of Appearance as a Transformative Norm. Examples from American Law

Dana NEACȘU*

Rezumat: Acest articol discută cum adesea credem că aparența este o versiune superficială a realității. În acest sens, se demonstrează cum, în anumite condiții, aparențele pot facilita apariția unei realități juridice. Mai mult, uneori, nu există nicio diferență normativă între apariția și realitatea unui interes legal. Totodată, se analizează pe scurt aparența de legalitate în contextul statului de drept american – în câteva exemple limitate la reglementările bancare și activitatea judiciară.

Cuvinte-cheie: aparența de legalitate, conduită judiciară americană, Codul de conduită judiciară ABA, neutralitate judiciară, transparență juridică.

Abstract: This article discusses the relationship between appearance and reality from a legal perspective, dismantling the belief that appearance is a superficial version of reality without any cause or impact on it. Under certain conditions, appearances can facilitate the emergence of a legal reality. Moreover, sometimes, there is no normative difference between the appearance and reality of a legal interest. Here, it is briefly analyzed the appearance of justice in the context of the American rule of law, as viewed in banking regulations and judicial activity.

Keywords: legal appearances, judicial conduct, ABA Model Code of Judicial Conduct, judicial neutrality, legal transparency.

Conceptual, acest articol este despre aparență, el explorează relația dintre aparență și realitate dintr-o perspectivă juridică. Adesea credem că aparența este

* Dana Neacșu este fostă asistentă a Profesorului Gheorghe Beleiu la Facultatea de Drept, Universitatea București, și fostă lector la Columbia Law School în New York, din iulie 2021 este profesor asociat la Duquesne Law School, Pittsburgh.

Dana mulțumește organizatorilor pentru invitație – profesor asociat Cristina Zamșa, profesor asistent Bogdan Vișinoiu, lector Laura Toma-Dăuceanu, profesor asociat Cristina Nicolescu, Rhoda Șerban, Ioana Vârsta, general manager Red Apple Communication, student doctoral Silviu Munteanu, student doctoral Valentin Cîlțea, student doctoral Alexandru Stan, student doctoral Eduard Florea, Decanul Facultății de Drept, prof. univ. dr. Răzvan Dincă, prof. univ. dr. Adriana Almășan Facultatea de Drept, Universitatea din București și Doru Pădurariu, general manager Editura Hamangiu – precum și Liane Pătrașcu, redactor la Editura Hamangiu, pentru sfatul dat asupra terminologiei juridice actuale și nu numai. Dana își asumă erorile de fond.

o versiune superficială a realității, fără nicio cauză și fără vreun impact asupra ei. Dar aparențele nu sunt întotdeauna înșelătoare. În anumite condiții, o aparență inițială facilitează înțelegerea unei realități corespunzătoare. Aceste profeții care se împlinesc de la sine apar în dreptul bancar, dreptul familiei, dreptul constituțional (ce este democrația, dacă nu o împletire de realitate și aparențe?) și, așa cum arată cele două exemple din practică, oriunde. Uneori nu există o diferență importantă între aparență și realitatea unui interes legal, iar aceasta este abordarea utilizată în prezentul articol. Aparența este importantă *sui generis*^[1], mai ales când devine normativă.

§1. O chestiune preliminară. Aspectul distinct al aparenței vis-à-vis de realitate

Din obișnuință, adesea facem deosebirea între aparență și realitate, dar, conceptual, există vreo diferență semnificativă între ele? Poate fi diferența dictată funcțional de utilizarea lor diferită ca în argumentul legal conform căruia „participarea corporației la alegeri parlamentare creează un risc substanțial de corupție reală și aparență”^[2]. În acest articol încercăm să arătăm că aparența și realitatea sunt puncte pe aceeași dimensiune, mai degrabă decât concepte categoric diferite. Referințele la aparență și realitate adesea sunt complementare și privesc același subiect, cum ar fi, de exemplu, aparența de și realitatea corupției. Mai mult, dezbaterile politice au loc adesea într-un climat de incertitudine și eroare, indiferent dacă subiectul abordat este sănătatea, imigrația, activitatea judiciară, criminalitatea sau terorismul, pentru că tot mai mult se ignoră scopul normativ al dreptului în favoarea detaliilor conceptuale de importanță pur academică. De fapt, la fel cred că este dihotomia dintre aparență și realitate în drept.

Cu toate acestea, aparența și realitatea au aspecte diferite. Analiza lor ar putea ajuta la iluminarea justificărilor aparenței în drept. Adesea, noțiunea de aparență este legată de percepție și credință (nu neapărat religioasă). Se discută în mod regulat despre modul în care aparențele se formează, împreună cu teoriile și atitudinile derivate din această percepție. Aparența se creează din impresia individuală senzorială, care poate fi transformată în teorie împărtășită de un grup (profesional sau) social. Realitățile ideale pot fi mai dificil de identificat în dimensiuni neprofesionale. O astfel de analiză ajută la diferențierea dintre percepție involuntară și teorie socială. Realitatea se referă la lucruri care nu sunt iluzorii, care apar, care au o existență factuală sau, altfel spus, care au o existență obiectivă. Cu toate acestea, în drept, există domenii în care ceea ce pare a fi și ceea ce este contează mai puțin. În drept, ceea ce contează este caracterul normativ produs de realitate sau percepția, aparența de realitate.

^[1] Pentru o opinie oarecum similară, A.M. SAMAHA, *Regulation for the Sake of Appearance*, 125 Harv. L. Rev. 1563, 1565 (2012).

^[2] *Supplemental Brief for the Appellee at 8, Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876 (2010) (No. 08-205), 2009 WL 2219300, *8.

În acele domenii ale dreptului în care aparența și realitatea au mai multe aspecte în comun decât refractare, analiza lor separată devine un exercițiu pedant, academic, mai degrabă decât un atribut de sofisticare juridică. Cu siguranță, o investigație filosofică profesională include distincții de aparență/realitate în mai multe subdiscipline, inclusiv investigații logice metafizice și epistemice asupra obiectivității^[3]. Obiectiviștii, de exemplu, ar susține că există un adevăr despre existența și proprietățile lucrurilor, care este independent de ceea ce cred oamenii^[4]. Unele lucruri obiective metafizice sunt, în mod concedent, dependente deși diferite de la individ la individ, cum ar fi emoțiile, care se bazează pe aparențe. Dar obiectiviștii acceptă realitatea faptelor psihologice chiar și când continuă disputele despre alte dimensiuni ale realității, cum ar fi clădiri sau poduri care există în realitatea din afara minții cuiva^[5]. La extrema opusă, un subiectivist ar susține că nu există altă realitate sau adevăr decât ceea ce crede sau ceea ce pare a fi^[6].

Vestea bună este că aici nu ne vom angaja în întrebări filosofice atât de profunde. Evaluarea justificărilor de percepție și aparență nu necesită alegerea unei poziții dintre toate pozițiile metafizice și epistemologice disponibile. În acest articol vom defini aparența ca sursă individuală de informații sau cunoștințe, în timp ce realitatea ar fi definită ca sursă colectivă de informații sau cunoștințe. Cu alte cuvinte, din punct de vedere juridic, aparența are o componentă subiectivă și individual determinată, în timp ce realitatea are o componentă cognitivă de obiectivitate datorită existenței sale faptice, istorice^[7].

În aceste circumstanțe, o persoană își formează cel puțin unele idei despre lume bazându-se parțial pe percepțiile ei despre aparențele lumii. Aceste aparențe nu ajută neapărat oamenii să constate adevărul obiectiv despre lume, dar îi ajută să se încadreze și să funcționeze în lume. Percepția aparentă implică informații accesibile care ar putea sau nu să reflecte cu exactitate realitatea în cauză, dar călăuzește acea persoană.

Aceste definiții reflectă puncte de vedere doctrinare, dar și convingerile noastre că obiectivitatea cognitivă este aspirațională și nu poate fi atinsă în cunoaștere^[8]. Obiectivitatea este ideală. Toate cunoștințele sunt profund subiective

^[3] A se vedea N. BUNNIN, J. YU, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy* 483-84 (2004); B. LEITER, *Law and Objectivity*, în *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* 969 (J. COLEMAN, S. SHAPIRO eds., 2002); J. WISDOM, *Appearance and Reality*, 52 Phil. 3 (1977).

^[4] Această poziție a fost ilustrată în Republica lui Platon prin alegoria peșterii; vezi PLATO, *The Republic* bk. VII, 514a-518e, 273-79 (B. JOWETT trad., Charles Scribner's Sons, 1928) (c. 360 B.C.E.), în care chiar și lumina soarelui ar putea oferi doar o legătură efemeră cu Formele.

^[5] B. LEITER, *supra*, 970-71 [explicând „independența constituțională” față de minte (care nu poate include fapte psihologice), „independența cognitivă” (care o face) și „independența cauzală” (care este irelevantă pentru obiectivitate)].

^[6] Pentru detalii despre aceste teorii filosofice, a se vedea, de exemplu, B. RUSSELL, *A History of Western Philosophy*, New York, NY: Simon and Schuster, 1972.

^[7] În D. NEACȘU, *The bourgeois charm of Karl Marx & the ideological irony of American jurisprudence*, Leiden: Brill, (2020), în care vorbim detaliat despre subiectivitate cognitivă.

^[8] *Ibidem*.

și tot ce se poate face este să recunoaștem subiectivitatea limitată și sursele erorilor pe care le încorporează, precum și nevoia unei abordări interdisciplinar-dialectice, pentru a reduce reducționismul subiectiv cognitiv.

52. Aparența ca o modalitate de a schimba realitatea juridică

O altă modalitate de conectare a aparenței și realității din punct de vedere juridic este folosirea aparenței ca fundament al normativității juridice sau al reglării realității. Una dintre relațiile pe care ne propunem să le subliniem aici este modul în care aparența ar putea influența pozitiv realitatea și ar putea-o schimba în consecință. Există întotdeauna posibilitatea de a manipula percepția realității pentru a îmbunătăți realitatea. În acest sens vom oferi următorul exemplu din istoria activității bancare din SUA^[9].

Băncile sunt o sursă crucială de credit, iar încrederea deponenților depinde de cefințele de rezervă, de supraveghere reglementară, reduceri la impozite, asigurări și chiar de arhitectura clădirilor bancare. Clădirea First Bank of the United States din Philadelphia avea o fațadă de marmură și un stil european care amintește de Banca Angliei^[10], în timp ce a doua clădire bancară, la fel ca multe clădiri guvernamentale din acea epocă, a fost modelată după templele grecești^[11]. Pivotând peste Marea Depresiune, multe bănci noi au trecut la un model de fortăreață, cu accent pe oțel și granit. Prima Bancă Națională din Chicăgo a evocat calități de securitate a rezistenței și active prodigioase parțial prin afișarea unei plăci de granit, care era inutilă din punct de vedere structural și care a adăugat semnificativ la cheltuială, dar necesară pentru a imprima o anumită percepție în mintea deponenților. Astfel de opțiuni de proiectare semnalează informații private despre stabilitatea financiară sau percepții despre cum oamenii care au bani de depus văd realitățile Americii. Arhitectura este doar o modalitate, și ea depășită, de a genera încrederea publică, în special în ziua de astăzi, a tranzacțiilor online. În cele din urmă, băncile impun încredere când activitatea lor este examinată minuțios de către autoritățile de reglementare. Mai mult decât orice, soliditatea financiară este conferită prin asigurarea publicului că depozitele bancare sunt conforme unor reglementări administrative ale guvernului, iar guvernul examinează regulat actele de conformitate bancare. Această conformare, pentru multe bănci, a fost pusă în aplicare prin Actul bancar din 1933^[12]. Băncile asigurate de Agenția Federală de Asigurare a Depozitelor (FDIC) nu sunt obligate să afișeze asigurarea protecției în sediile sucursalei și în anumite reclame. Asigurarea depozitelor și supravegherea reglementară păreau să calmeze multe persoane care aleg băncile

[9] A se vedea R. SCOTT CARNELL et al., *The Law of Banking and Financial Institutions* 2-32 (4th ed. 2009); B.J. KLEBANER, *American Commercial Banking* 138-238, 241, 243-44 (1990).

[10] A se vedea S. WAGG, *A Critical Look at Bank Architecture*, în *Money Matters* 15, 23-24, 250, 254 (Joel Stein & Caroline Levine eds., 1990).

[11] *Ibidem*.

[12] Pub. L. No. 73-66, 48 Stat. 162 (codificată astfel cum a fost modificată legea în diferite secțiuni în 12 U.S.C.); a se vedea J.W. MARKHAM, *A Financial History of the United States* 166 (2002).

cu aceste caracteristici, iar astfel de măsuri ar contribui probabil la obținerea unei longevități mai mari a băncilor în Statele Unite^[13]. Toate aceste eforturi sunt făcute așa încât o masă critică de deponenți să nu încerce să retragă fonduri simultan și, astfel, băncile vor avea ocazia să supraviețuiască și să faciliteze inovarea și creșterea economică. Prin urmare, unul dintre trucuri este de a genera convingerea unui număr suficient de deponenți potențiali și efectivi că băncile nu vor fi destabilizate în curând.

După cum s-a menționat mai sus, există diverse modalități de a crea aparența stabilității în sectorul bancar. Una dintre ele este prin reglementări guvernamentale. Un anumit nivel de reglementare asigură investitorii că sistemul bancar dintr-o anumită țară este suficient de stabil și atractiv. În acest caz, am putea spune că perceperea realității bancare într-un anumit fel, în acord cu o anumită percepție, poate crea o nouă realitate juridică. Astfel, promovează argumentul acestei lucrări că nu este necesar să diferențiem între aparență și realitate dintr-o perspectivă juridică, atât timp cât scopul este crearea unui anumit tip de societate, o societate stabilă, cu un sistem bancar solid.

§3. Probleme cu o astfel de abordare a realității/aparenței de drept

Principala critică a acestei abordări normative regulatorii a relației realitate/aparență este lipsa de transparență. Din această perspectivă, activitatea actorului în sine, în acest caz banca, este opacă: nu știm cine o conduce, nu știm cine lucrează și nu știm cum sunt folosite depunerile. Tot ce se știe și este suficient este un anumit nivel de implicare guvernamentală. Băncile necesită, pentru a fi atractive investitorilor, reglementarea activității sau, mai exact, o reglementare cât mai detaliată și eficientă. Deci, aparența de stabilitate și rentabilitate favorabilă investițiilor este oferită de un anumit tip de reglementare bancară, și nu de activitatea băncii în sine. Această activitate guvernamentală creează aparența de legalitate favorabilă investițiilor prin perceperea de control al corupției instituționale reale sau probabile.

Reglementarea adesea rămâne pe hârtie, dar și atunci poate crea aparența de legalitate suficientă pentru a produce aceleași efecte legale ca și realitatea unei legalități desăvârșite. Pentru a explica acest punct, să revenim pentru o clipă la România lui Ceaușescu. De exemplu, Constituția României din 1968^[14] a fost elaborată de Ted Sorensen, partener la firma Paul Weiss din New York^[15] la momentul când autoarea acestui articol l-a intervievat în 1994, dar și fost scriitor de discursuri al Președintelui John Fitzgerald Kennedy, Junior, în 1961-1963. Implicarea acestor minți occidentale în crearea sistemului constituțional românesc trebuie să fi fost crucială pentru crearea unei aparențe de independență față de Moscova, dacă

[13] Pentru detalii, a se vedea A.M. SAMAHA, *Regulation for the Sake of Appearance*, 125 Harv. L. Rev. 1563, 1565 (2012).

[14] <https://lege5.ro/gratuit/g43tmojq/constitutia-din-1968>.

[15] <https://www.paulweiss.com/about-the-firm/history>.

nu a iluziei statului de drept. Rezultatul acestei aparențe trebuie să fi contribuit și la obținerea de investiții occidentale constante, precum și la primirea clauzei națiunii celei mai favorizate în acordurile bilaterale cu Statele Unite^[16]. La fel ca în situația băncilor, percepția de legalitate creată de implicarea juriștilor occidentali de calibrul lui Sorensen s-a dovedit a fi normativă și transformativă, depășind transparența ca măsură fiabilă a democrației. Dar, deși normativă, aparența de legalitate obținută prin regulamente pe hârtie nu este o garanție suficientă, după cum s-a văzut și în domeniul finanțelor globale care s-au prăbușit în 2008, pentru că realitatea era total diferită^[17], dar și din istoria României socialiste, al cărei stat de drept era unul polițist-naționalist, și nu unul bazat pe reguli și instituții constituțional-democratice.

§4. Modalități de îmbunătățire a rolului normativ al aparenței

Percepția de legalitate abordată mai sus pare să meargă împotriva argumentului acestui articol că aparența de drept este la fel de importantă ca realitatea însăși. Aparent este un argument contra. Cel mult arată că un stat de drept are nevoie și de alte standarde în construirea legalității, inclusiv transparența. Pentru a înțelege mai bine acest punct, voi folosi două exemple din jurisprudența americană.

4.1. Codurile judiciare ABA și „aparențele de lipsă de decență judecătorească”

Primul exemplu se bazează pe codurile profesionale americane împotriva aparențelor judiciare de lipsă de decență judecătorească. Este important să se analizeze autoritatea existentă care prescrie sarcini etice judecătorilor. Patru surse de autoritate sunt demne de reamintit: Codul model de conduită judiciară al ABA, Codul de conduită pentru judecătorii federali, diferitele legi care guvernează judecătorii federali și de stat și autoreglementarea de către Curtea Supremă a SUA. După cum se va vedea mai jos, Codul model de conduită judiciară ABA este cel mai important text de autoritate și exercită influență în toate celelalte contexte^[18].

Inițial, ABA nu a impus nicio regulă care amenința judecătorii cu acțiuni disciplinare sau descalificarea din cauza „aparențelor de comportament necorespunzător”^[19]. În schimb, ABA a sfătuit și a încurajat precauții. Progresia a avut loc în timp (aproape un secol) de la o generație la alta, ca și cum avocații și

^[16] <https://www.historia.ro/sectiune/general/articol/clauza-natiunii-celei-mai-favorizate-si-relatiile-romano-americane>.

^[17] Pentru detalii, a se vedea K. PISTOR, *The Code of Capital*, Princeton (2019).

^[18] T. LININGER, *Green Ethics for Judges*, 86 Geo. Wash. L. Rev. 711, 718 (2018).

^[19] A se vedea Z.A. PINES, *Mirror, Mirror, on the Wall – Biased Impartiality, Appearances, and the Need for Recusal Reform*, 125 Dick. L. Rev. 69, 160 (2020).

judecătorii ar fi fost nerăbdători să convingă publicul că suntem mai etici decât generația anterioară^[20].

Istoric vorbind, Camera delegaților ABA a promulgat primul cod de etică judiciară, numit Canoanele eticii judiciare, în 1924^[21]. Un catalizator important al canoanelor de etică judiciară din 1924 a fost revelația, la începutul anilor 1920, că Kenesaw Mountain Landis, un judecător federal, își suplimenta salariul federal de 7.500 de dolari angajându-se privat, cu un salariu anual mult mai generos de 42.500 de dolari, ca un comisar de baseball din liga majoră^[22]. ABA a adoptat o rezoluție de cenzurare a judecătorului^[23], cu toate acestea, canoanele erau mai mult prescriptive decât normative^[24]. Titlul canonului 4 din Canoanele de etică judiciară din 1924 era „evitarea aparenței necorespunzătoare”^[25]. Acest canon prevedea că „comportamentul oficial al judecătorului ar trebui să fie lipsit de aparențe necorespunzătoare”^[26]. Un astfel de limbaj vag constituia mai mult un sfat decât o comandă legală, dar a fost precursorul a ceea ce s-a întâmplat ulterior.

Camera delegaților ABA a înlocuit aceste canoane în cadrul Codului de conduită judiciară din 1972, adoptat pe larg de multe state. Redactorii acestuia,

^[20] Pentru o istorie amănunțită a modului în care s-a dezvoltat eticheta judiciară în SUA, a se vedea, de exemplu, R. POUND, *Causes of Popular Dissatisfaction in the Administration of Justice*, retipărit la Simpozionul *Centennial Reflections on Roscoe Pound's The Causes of Popular Dissatisfaction With The Administration of Justice*, 48 S. Tex. L. Rev. 853, 861 (2007), în care Pound a condamnat impulsul atavic particular al Americii de a trata justiția drept un sport de duel care a contribuit la criza de încredere a publicului în sistemul juridic, menționând că „în America considerăm ca pe un lucru de la sine că un judecător ar trebui să fie un simplu arbitru, să admită obiecții și să consolideze regulile jocului și că părțile ar trebui să-și ducă propria luptă în felul lor fără interferență judiciară. (...) Ideea că procedura este necesar să fie în întregime disputată desfigurează administrarea justiției noastre în orice moment”. A se vedea, de asemenea, E.F. SHERMAN, *Dean Pound's Dissatisfaction with the „Sporting Theory of Justice”: Where Are We A Hundred Years Later*, 48 S. Tex. L. Rev. 983 (2007). Ca răspuns judecătorului Learned Hand despre rolul judecătorului unde a subliniat că acesta „face dreptate”, judecătorul și marele jurist Oliver Wendell Holmes a adăugat: „Nu este treaba mea [dreptatea]. Sarcina mea este să urmez procedura conform regulilor”. A se vedea S. BUDIANSKY, O. WENDELL HOLMES, *A Life in War, Law, and Ideas* 415 (2019). A se vedea și D.R. BARNHIZER, *On the Make: Campaign Funding and the Corrupting of the American Judiciary*, 50 Cath. U. L. Rev. 361, 375 (2001) („Judecătorii sunt, prin urmare, arbitrii conflictelor comunității și este necesară tratarea lor echitabilă pentru ca procesul să fie legitim”). Profesorul Friedman de la Facultatea de Drept a Universității din Michigan și-a exprimat interesul pentru elaborarea unui curs la facultatea de drept care să studieze sportul ca sistem juridic. A se vedea R.D. FRIEDMAN, *Just Say No to the Cheap Double Play*, 13 FIU L. Rev. 931, 931 (2019) (menționând că „regulile sportului oferă teren fertil pentru explorarea conceptelor juridice”).

^[21] *Canons of judicial ethics* (Am. Bar Ass'n 1924), https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/judicial_ethics_regulation/.

^[22] A se vedea W.P. ARMSTRONG JR., *The Code of Judicial Conduct*, 26 Sw. L.J. 708, 709 n. 9 (1972); C.W. WOLFRAM, *Modern Legal Ethics* 965 n. 72 (West Pub. Co. Practitioner's ed. 1986).

^[23] R.D. ROTUNDA, *Judicial Ethics, the Appearance of Impropriety, and the Proposed New ABA Judicial Code*, 34 Hofstra L. Rev. 1337, 1351 (2006).

^[24] Preambulul Codului din 1924 a precizat că acesta a fost un „ghid pentru judecători (...) indicând ceea ce oamenii au dreptul să aștepte de la ei” (*Canons of Judicial Ethics, supra*).

^[25] *Ibidem*.

^[26] *Ibidem*.

într-o formă statutară mai convențională, au spus în prefața sa – pe care multe jurisdicții au adoptat-o – că intenționau ca acest cod să fie executoriu^[27]. Cu toate acestea, Codul judiciar din 1972 folosește termenul „ar trebui” în loc de „trebuie”. Astfel, titlul canonului 2 spunea: „Un judecător ar trebui să evite orice aparență necorespunzătoare în toate activitățile sale”. Notele reporterului (cel care adună comentariile de pe teren) au sugerat că „declarația din canonul 2 este foarte vagă și mult mai oratorică decât orice altă prevedere din cod”^[28].

Drumul către reguli obligatorii mai degrabă decât orientări aspiraționale a continuat cu versiunea din 1990 a Codului de conduită judiciară ABA. O „minoritate semnificativă de comentatori”^[29] a avertizat Comitetul ABA care elabora noul cod că limbajul „aparențelor” din Codul judiciar din 1972 era pur și simplu prea vag. Comitetul de redactare a răspuns prin schimbarea lui „ar trebui” cu „trebuie” și a inclus activitățile judecătorului chiar și atunci când acesta nu se află în instanță și nu acționează în calitate de judecător. Astfel, canonul 2 din Codul din 1990 prevede: „Un judecător va evita indecența și orice aparență necorespunzătoare funcției în toate activitățile sale”^[30]. Acest limbaj pare cu siguranță o interdicție, iar comentariul însoțitor nu sugerează că cerința este pur și simplu aspirațională, totuși, istoria legislativă arată că scopul acestei reguli extinse este „avertizarea judecătorilor să evite orice comportamente prospective suspecte sau aparent suspecte, chiar dacă nu sunt interzise în mod specific în cod”^[31].

Cu toate acestea, în timp ce limbajul rămâne vag în contextul său, multe instanțe folosesc limbajul aparențelor pentru a disciplina judecătorii, nu doar pentru a-i avertiza. Astfel, în acest caz tipic, *Joachim v. Chambers*^[32], instanța curții supreme din statul Texas a declarat:

Canonul 2 din Codul model din 1990 a fost modificat pentru a utiliza „trebuie” în loc de „ar trebui”. Această prevedere, ca și preambulul, este acum obligatorie. Când textul folosește „trebuie” sau „nu trebuie”, se intenționează să se impună obligații a căror încălcare poate duce la acțiuni disciplinare. Când se folosește „ar trebui” sau „nu ar trebui”, textul este conceput ca oratoric și ca o declarație a comportamentului adecvat sau nu, dar nu ca o regulă obligatorie conform căreia un judecător poate fi disciplinat^[33].

Codul model de conduită judiciară al ABA încorporează de două ori textul din speța *Joachim*, o dată pe aceeași pagină pe care declară canonul 2 pur și

^[27] J.F. SUTTON JR., *A Comparison of the Code of Professional Responsibility with the Code of Judicial Conduct*, 1972 Utah L. Rev. 355, 355-56; a se vedea și R.B. MCKAY, *Judges, the Code of Judicial Conduct, and Nonjudicial Activities*, 1972 Utah L. Rev. 391 (1972).

^[28] Model Code of Judicial Conduct Canon 2 (1990), http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/judicial_ethics_regulation/.

^[29] A se vedea R.D. ROTUNDA, *supra*.

^[30] *Ibidem*.

^[31] *Ibidem*.

^[32] 815 S.W.2d 234 (Tex. 1991).

^[33] *Idem*, n. 9.

simplicu aspirațional și în altă parte unde spune că este obligatoriu^[34]. Cum afirma Ronald Rotunda, „Rațiunea pentru declararea Codului model adnotat că este pur și simplu aspirațional canonul 2 rămâne un mister”^[35].

4.2. Recuzarea judecătorului Weinstein sau justiția trebuie să apară ca fiind justă

Cu alte cuvinte, regula de conduită judiciară din Statele Unite pare să fie că justiția „nu trebuie doar făcută, ci trebuie văzută în mod evident și fără îndoială ca fiind făcută”^[36]. Acest principiu a fost exprimat pentru prima dată în 1924 de Lordul Gordon Hewart, care a exercitat funcția de Lord Judecător Șef al Angliei în perioada 1922-1940^[37].

Dar este un astfel de principiu o promisiune efemeră?^[38] Iar dacă nu, depinde acest principiu prea mult de percepții individuale spre a forma baza pentru a judeca dacă sistemul judiciar își îndeplinește în mod adecvat funcția? Exemplul de mai jos ar trebui să elucideze această enigmă: pe lângă regulile de creare a încrederii în sistem, sistemul juridic are nevoie de persoane capabile să creeze, să interpreteze și să aplice astfel de reguli. Judecătorul federal, autor de tratate de drept civil procesual, fost profesor adjunct la Facultatea de Drept Columbia, acum pensionar^[39], Jack Weinstein, a arătat cum acest principiu poate fi aplicat.

Pentru majoritatea oamenilor, procesul civil tipic american implică doi avocați care își reprezintă cu competență și vigoare clienții în instanță. Nimic nu poate fi mai departe de adevăr. Un studiu realizat în 2015 de Centrul Național pentru Instanțele de Stat utilizând mai mult de 900.000 de cauze civile a constatat că aproape două treimi au fost acțiuni contractuale, dintre care 37% au fost chestiuni de colectare a datoriilor, 29% au fost cazuri de evacuare și 16% au fost cazuri de cereri de despăgubire mici^[40]. Trei sferturi dintre hotărârile din studiu au fost pentru mai puțin de 5.200 de dolari. „Una dintre cele mai izbitoare constatări din

^[34] Codul model adnotat citează speța *Joachim* pentru ideea conform căreia un judecător pensionar care continuă să funcționeze ca ofițer judiciar prin repartizare nu poate depune mărturie în calitate de martor expert într-un caz de malpraxis juridic (ABA, Codul model adnotat) și pentru opinia că, spre deosebire de Codul din 1972, Codul din 1990 folosește „trebuie” pentru a exprima o obligație.

^[35] R.D. ROTUNDA, *Judicial Ethics, the Appearance of Impropriety, and the Proposed New ABA Judicial Code*, 34 Hofstra L. Rev. 1337, 1377 (2006).

^[36] *Rex v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, 259.

^[37] R.J. MCKOSKI, *The Overarching Legal Fiction: „Justice Must Satisfy the Appearance of Justice”*, 4 Savannah L. Rev. 51, 69 (2017).

^[38] Desigur, propunerea conform căreia justiția trebuie să satisfacă aparența de dreptate se potrivește definiției lui Lon Fuller date unei ficțiuni juridice tradiționale, în sensul că ficțiunea nu a fost menită să înșele și ar putea servi unui scop utilitar pentru a ajunge la o decizie echitabilă în anumite cazuri [L. FULLER, *Legal Fictions* 9, 14 (1967)].

^[39] Dar și ofițier al căsătoriei civile a autoarei în 1996. Despre judecătorul Jack B. Weinstein, a se vedea <https://www.nyed.uscourts.gov/content/judge-jack-b-weinstein>.

^[40] *Nat'l Ctr. for State Courts, Civil Justice Initiative: The Landscape of Civil Litigation in State Courts*, iii-iv (2015), <https://www.ncsc.org/newsroom/news-releases/2015/civil-justice-initiative>.

setul de date a fost numărul relativ mare de cazuri (76%) în care cel puțin o parte a fost auto-reprezentată, de obicei pârâtul^[41]. În unele jurisdicții, cifrele sunt și mai deficitare. În 2009, aproximativ 1% dintre pârâții din dosarele consumatorilor din New York City erau reprezentați de avocați, în timp ce 100% dintre reclamanți aveau reprezentare legală^[42]. La fel, majoritatea locatarilor din New York au rămas fără reprezentare în problemele de evacuare. În afara orașului New York, 98% dintre chiriași nu erau reprezentați, în timp ce 99% dintre locuitorii orașului nu aveau reprezentare^[43].

Așa cum explică Raymond J. McKoski, descrierea justițiabililor fără avocați drept „auto-reprezențați” – *pro se* – este un termen greșit, din două motive.

În primul rând, eticheta implică o alegere voluntară de a renunța la asistența unui avocat. Dar, pentru marea majoritate a părților nereprezentate, decizia este luată de acestea din cauza costului ridicat al reprezentării, care depășește adesea valoarea cazului. În al doilea rând, „auto-reprezentat” este un termen greșit, deoarece implică faptul că justițiabilii nereprezențați posedă cunoștințele și abilitatea de a-și prezenta în mod adecvat pozițiile și de a-și proteja interesele în instanță. Dimpotrivă, atunci când se confruntă cu un avocat, justițiabilii nereprezențați sunt pur și simplu depășiți, indiferent de experiența avocatului sau de informațiile și educația părții *pro se*. Complexitatea tuturor fațetelor sistemului juridic interzice condiții de concurență echitabile între adversarii cu licență juridică și cei fără licență^[44].

Spre surprinderea nimănui, justițiabilii *pro se* nu se descurcă în general „navigând” prin sistemul de drept și prezentându-și cazurile. Potrivit unui sondaj efectuat de judecători în 2010, principalele neajunsuri ale justițiabililor *pro se* care au norocul să ajungă la proces includ: (1) eșecul prezentării probelor necesare; (2) erori de procedură; (3) examinarea ineficientă a martorilor; (4) neprezentarea corectă a dovezilor; și (5) argumente ineficiente. Chiar dacă sunt suficient de pricepute pentru a reuși în proces, părțile nereprezentate sunt adesea incapabile să pregătească ordinele și hotărârile executorii. După cum a observat profesorul Richard Painter, „lipsa de reprezentare este probabil un caz distorsionat

^[41] *Ibidem*.

^[42] Civil Justice Improvements Committee, *Executive Summary: Call to Action: Achieving Civil Justice for All 2* (2016), <http://www.ncsc.org/~media/Microsites/Files/Civil-Justice/NCSC-CJI-ExecutiveSummary-Web.ashx> („At least one party, usually the defendant, is unrepresented in more than three-quarters of the cases”). R. ZORZA, *We Now Have the Data That Shows That The One-Side-Self-Represented Case is the Dominant Case Situation in US Civil State Courts and That We Need a Fundamental Rethink of The State Civil Justice System*, Richard Zorza's Access to Justice Blog (Aug. 26, 2016), <https://accesstojustice.net/2016/08/26/we-now-have-the-data-that-shows-that-the-one-side-self-represented-case-is-the-dominant-case-situation-in-us-civil-state-courts-and-that-we-need-a-fundamental-rethink-of-the-state-civil-justice-system>.

^[43] *Ibidem*.

^[44] R.J. McKOSKI, *The Overarching Legal Fiction: „Justice Must Satisfy the Appearance of Justice”*, 4 Savannah L. Rev. 51, 66 (2017).

[și] nedrept. Amploarea problemei subminează credibilitatea sistemului nostru adversarial”^[45].

În cazurile *pro se*, șansele unui rezultat echitabil cresc dacă judecătorul joacă un rol activ în echilibrarea condițiilor prin utilizarea pregătirii sale juridice pentru a asista partea nereprezentată. Și unii comentatori îndeamnă judecătorii să ofere asistență „extinsă” și „viguroasă” unei părți nereprezentate atunci când este necesar, deoarece „un [sistem] care favorizează în mod obișnuit părțile cu avocați în fața părților fără, indiferent de fondul cazurilor, nu poate fi considerat imparțial”^[46]. Susținătorii angajării judiciare active spun că judecătorul trebuie să „asiste un litigant nereprezentat cu privire la procedura care trebuie urmată, prezentarea probelor și chestiunile de drept”^[47]. În plus, instanța ar trebui „să cheme martori și să desfășoare controale directe sau interogatorii” și să asiste litigantul nereprezentat în elaborarea unui „dosar complet, din punct de vedere factual”^[48]. Dar trebuie să recunoaștem că întrebarea agresivă sau unilaterală a instanței poate fi incompatibilă cu un alt aspect al aparenței de justiție, principiul neutralității instanței.

Cu alte cuvinte, „orice tratament special pentru justițiabilii *pro se* poate fi perceput ca o încălcare a rolului neutru al unui judecător”^[49]. Faptul simplu este că „justiția și aparența justiției par să tragă în direcții diferite”^[50]. Lupta dintre dreptate în realitate și în aparență este demonstrată definitiv de dilema cu care s-a confruntat judecătorul Jack Weinstein în *Floyd v. Cosi, Inc.*^[51].

Reclamantul Floyd l-a dat în judecată pe fostul său patron pentru discriminare rasială în temeiul titlului VII din Legea drepturilor civile din 1964. Pârâțul a depus o cerere de respingere a plângerii ca fiind prescrisă. Pe baza afirmațiilor din plângere, s-a dovedit că acțiunea a fost într-adevăr prescrisă, deoarece actul de discriminare pretins a avut loc cu mai mult de 300 de zile înainte ca reclamantul să depună o plângere la Comisia pentru egalitate de șanse de angajare (EEOC). Reclamantul nu a fost conștient de „doctrina încălcării continue”, care „permite unui reclamant să conteste (...) toate comportamentele care fac parte din același tratament discriminatoriu (...), chiar dacă o parte din conduită a avut loc cu mai mult de 300 de zile înainte de depunerea plângerii la EEOC”. Datorită pregătirii și experienței

^[45] R.W. PAINTER, *Pro Se Litigation in Times of Financial Hardship – A Legal Crisis and Its Solutions*, 45 Fam. L. Q. 45, 62 (2011).

^[46] A se vedea R.J. McKOSKI, *supra*.

^[47] Nat’l Ctr. for State Courts, *Civil Justice Initiative: The Landscape of Civil Litigation in State Courts*, iii-iv (2015), <https://www.ncsc.org/newsroom/news-releases/2015/civil-justice-initiative>.

^[48] A se vedea R.J. McKOSKI, 68.

^[49] A se vedea R.W. PAINTER, *Pro Se Litigation in Times of Financial Hardship – A Legal Crisis and Its Solutions*, 45 Fam. L. Q. 45, 62 (2011).

^[50] R. ZORZA, *The Disconnect Between the Requirements of Judicial Neutrality and Those of the Appearance of Neutrality When Parties Appear Pro Se: Causes, Solutions, Recommendations, and Implications*, 17 Geo. J. Legal Ethics 423, 434-35 (2004).

^[51] 78 F. Supp. 3d 558 (E.D. N.Y. 2015).

lor juridice, atât avocatul apărării, cât și judecătorul Weinstein erau conștienți de excepția de la termenul de limitare de 300 de zile.^[52]

Judecătorul Weinstein s-a confruntat cu o dilemă. Ar trebui să intervină în numele reclamantului cu „întrebări de bază”^[53], pentru a vedea că s-a făcut dreptate, sau ar trebui să mențină un comportament arbitral, neutru, pentru a respecta aparența neutralității judiciare? Judecătorul Weinstein s-a văzut „obligat” să intervină. Iar răspunsurile reclamantului la întrebările sale l-au convins pe judecător că cererea nu a fost prescrisă – faptele erau continue, deci nu prescriptibile. Pe baza informațiilor obținute în ședință, judecătorul Weinstein a respins cererea pârâtului de judecată sumară. Nu există nicio îndoială că principalele întrebări ale judecătorului Weinstein adresate reclamantului au apărut justiția. Dar acest lucru nu a fost suficient, deoarece judecătorul avea și datoria de a păstra ficțiunea juridică a aparenței unei justiții echitabile^[54].

Recunoscând că intervenția în favoarea unei părți și susținerea acesteia, chiar dacă erau necesare pentru a face dreptate, au creat aparența de parțialitate, judecătorul Weinstein s-a retras de la participarea ulterioară la caz^[55].

Dar, așa cum notează McKoski, dilema lui Weinstein a devenit dilema altui judecător care, cel mai probabil, avea să se confrunte cu aceleași obligații contradictorii de a face dreptate și de a părea să facă dreptate rămânând neutru. Dilemă imposibil de rezolvat imparțial când dreptatea nu se poate atinge din cauza lipsei de reprezentare legală (în engleza „appearance”) a unei părți.

În acest exemplu, judecătorul Weinstein a arătat că obținerea imposibilului este un scop demn. Aparența de dreptate nu a fost un ideal imposibil de atins. Acționând astfel cum a făcut-o, Weinstein a contribuit la încrederea publicului în ramura judiciară a guvernului.

Concluzii

Acest articol a abordat relația dintre aparență și realitate dintr-o perspectivă juridică. Adesea credem că aparența este o versiune superficială a realității, fără nicio cauză și fără vreun impact asupra ei. Dintr-o perspectivă juridică, aparențele devin, adesea, un ideal greu, dar nu imposibil de atins. Aici am analizat succint aparența de dreptate în statul de drept, dar și în activitatea judiciară. Astfel, am demonstrat că aparențele nu sunt întotdeauna înșelătoare, în anumite condiții, ele putând facilita apariția unei realități corespunzătoare. După cum am văzut, uneori nu există nicio diferență normativă între aparență și realitatea unui interes legal.

^[52] Detalii despre caz în R.J. McKOSKI, *supra*.

^[53] *Floyd v. Cosi, Inc.*, 78 F. Supp. 3d 558 (E.D. N.Y. 2015).

^[54] *Ibidem*.

^[55] *Ibidem*.